

Marco principiológico da tutela penal das licitações

*Gláucio Roberto Brittes de Araújo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Princípios administrativos e das licitações

O processo de redemocratização, os sucessivos empreendimentos de ajuste legislativo e a evolução da doutrina e da jurisprudência conferiram, durante o período de vigência da atual Constituição, os contornos que apresentam hoje institutos e subsistemas normativos extremamente relevantes para a efetivação dos direitos fundamentais, para a supremacia do interesse público e para a implementação das políticas de desenvolvimento socioeconômico. É nesse contexto que deve ser compreendida a relação entre a licitação e o direito penal, não se podendo descuidar dos princípios fundamentais que se irradiam sobre ambos.

É usual a classificação de normas em princípios – mandamentos nucleares do sistema, que o informam e o conformam – e em regras – imposições de condutas, mediante sanção. Embora ambos vinculem os destinatários, os primeiros coexistem, ganhando maior ou menor incidência no caso concreto, enquanto as segundas se excluem, quando em antinomia, acarretando a aplicação de apenas uma delas. É cediço que os princípios fundamentais, gerais e especiais, possuem alto grau de generalidade, orientam e vinculam a elaboração e aplicação das regras, embora ambos tenham carga de normatividade propícia à imposição de condutas. Assim como outros institutos com raízes constitucionais, a licitação é regida por princípios contemplados na Lei Maior, destacando-se aqueles próprios do Direito Administrativo. Ao receber tratamento pelo Direito Penal, ademais, incidem os princípios constitucionais que vinculam este setor da ordem jurídica. E é nesse modelo,

¹ Doutor em Direito Penal pela USP, mestre em Direito Penal pela PUC/SP, especialista em Direito Público pela EPM e professor assistente da pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura. É juiz de direito criminal no estado de São Paulo e atualmente juiz instrutor junto ao STF.

então, que se configura a intervenção penal desejada e legitimada pela Constituição Federal.

Hely Lopes Meirelles² conceitua licitação como o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Essa sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes proporciona igual oportunidade para todos e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Como se percebe, do conceito e das finalidades da licitação podem ser extraídos os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal, ao cuidar das investidas contra tão importante instituto para os ordenamentos jurídicos modernos. Outrossim, o desenvolvimento dos princípios administrativos e da ideia de supremacia do interesse público até a respectiva constitucionalização impôs ao legislador infraconstitucional a regulação da matéria e a tipificação de infrações administrativas e, em seguida, penais.

Segundo Hely Lopes Meirelles, esta dupla finalidade (obtenção de contrato vantajoso e proteção dos direitos dos particulares interessados) vem desde a Idade Média e leva os Estados Modernos a aprimorarem o procedimento licitatório, sujeitando-o a determinados princípios cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo. Tais princípios, no ordenamento pátrio, seriam: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre licitantes, sigilo na apresentação de propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e, mais recentemente, a probidade administrativa. Realmente, a observância de tais diretrizes é essencial para que aquelas finalidades precípuas da licitação sejam alcançadas, as quais, por sua vez, possuem raízes constitucionais, mais precisamente nos princípios que regem a Administração Pública e cuja força vinculativa emana da Constituição, legitimando e conferindo os contornos jurídicos ao procedimento licitatório.

Na lição do citado mestre, os princípios básicos da administração pública são a legalidade, a moralidade, a publicidade e a impessoalidade, com a ressalva de que alguns estudiosos reputam o princípio da finalidade contemplado por este último. Todos constituem fundamentos da ação administrativa, propiciando zelo pelos interesses sociais. Celso Antônio Bandeira de Mello³ menciona, ainda, o princípio da eficiên-

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 237.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 92.

cia acrescentado pela Emenda Constitucional 19/98, além de observar que outros estão implicitamente consagrados pela Lei Maior, como a supremacia do interesse público sobre o privado, a razoabilidade, a proporcionalidade, a finalidade, a motivação, o devido processo legal e a ampla defesa, o controle judicial dos atos administrativos e a segurança jurídica.

A legalidade submete toda atividade pública aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, sob pena de nulidade dos atos e responsabilidade disciplinar, civil e criminal do agente. Na Administração Pública, não há liberdade e vontade pessoal de fazer o que a lei não proíbe, mas obrigação de fazer o que ela ordena.

O princípio da impessoalidade ou finalidade é a imposição da prática do ato exclusivamente para o seu fim legal, que coincide com o interesse público. Por conseguinte, o ato que se afasta desse objetivo é inválido por desvio de finalidade, como a satisfação de interesses privados, o favorecimento ou a perseguição de alguém, podendo configurar abuso de poder, razão pela qual identificamos ponto de contato com a isonomia.

A publicidade é a divulgação oficial de cada ato para conhecimento público e desencadeamento de seus efeitos externos. Propicia a ciência, a participação e o controle pelos cidadãos da atividade administrativa. A publicação não convalida ato irregular, assim como o regular não é exequível, na falta da publicidade. Nessa hipótese, também não correm os prazos de decadência e prescrição para impugnação ou anulação. Embora não seja elemento formativo do ato, a publicidade é requisito de eficácia e de moralidade, ressalvado o sigilo nas hipóteses legais de segurança nacional e interesse superior da própria Administração. Não se confunde e não autoriza, por outro lado, a promoção pessoal do agente. A Constituição Federal acolheu, ainda, mediante emenda, o princípio da eficiência, embora o tenha como explicitação de um dos aspectos da moralidade.

A moralidade é pressuposto de validade do ato administrativo, como se depreende, no nosso sistema, do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Hely Lopes Meirelles⁴, distinguindo moral comum da jurídica, invoca a ideia de conjunto de regras de conduta na disciplina interior da Administração, vinculando a atuação do agente público aos parâmetros éticos, segundo exigências da instituição a que serve e a finalidade do bem comum. Destarte, a almejada boa administração é aquela honesta e eficiente.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 86.

Na compreensão desse princípio, mais complexa do que a do princípio da isonomia, reside a relação entre o bem jurídico, que autoriza a intervenção penal nas licitações, e a medida exigida dessa (extensão e intensidade) pela proibição da insuficiência da tutela. Vale dizer, conhecer o objeto legítimo da proteção é pressuposto da observância de todas as dimensões da proporcionalidade (ingerência penal necessária e imposta, mas também estritamente suficiente e eficiente, por envolver direitos fundamentais).

Na lição de Márcio Fernando Elias Rosa, conforme prescrição normativa que lhe conferiu a Constituição Federal, seja por expressa previsão ou implícito reconhecimento, o princípio detém duplo caráter, a despeito de uma mesma natureza: é princípio constitucional e imanente ao sistema jurídico, reunindo tanto a natureza instrumental como também a de requisito ou condição de validade de atos administrativos, resultante do controle da atividade administrativa ou do excesso de poder⁵. Tal princípio é imprescindível ao Estado Democrático de Direito, conseqüente lógico da opção republicana e do seu regime de responsabilidade, detendo função instrumentalizadora de direito fundamental ou de direito público subjetivo, concretizado pela ação popular ou pela imposição do dever de probidade administrativa. Nesse diapasão, previu-se a ação popular, no rol de direitos e garantias fundamentais, para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa. A Lei Maior, em seu art. 37, *caput*, estabelece um modelo cogente para a Administração Pública e seus agentes, não bastando a atuação com estrita legalidade, obediente à forma prevista em lei, mas que esteja nutrida pelo respeito à moralidade. Assim, o ato que acarreta sua violação será invalidado, a despeito de conforme, em tese, à lei.

A moralidade não guarda, contudo, necessária correspondência com os valores pessoais do agente público, mas vincula sua atuação, limitando seu estado anímico e regulando materialmente qualquer atividade atribuível ao Estado, cerceando o móvel de quem quer se relacionar com o Estado e ensejando a fiscalização dos fins sem prejuízo dos meios. Há quem a inclua no conceito de legalidade, embora convença mais a ideia oposta de que há vinculação do Estado à ordem jurídica, mas que para a configuração do sistema jurídico existe ambiente de contaminação recíproca com outros sistemas sociais. Márcio Fernando Elias Rosa⁶ enfatiza, então, a importância da pesquisa filosófica da Ética e de sua relação com

⁵ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa*. 2003. p. 133. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003.

⁶ Idem, p. 135.

o sistema jurídico para o discurso do combate ao formalismo estrito, sem negar o caráter científico e dogmático do direito.

A moralidade ganhou status de princípio constitucional em 1988, embora já fosse consagrada implicitamente pela ordem jurídica e vislumbrada em expressões como idoneidade, lealdade e legitimidade. Estava associada a deveres dos agentes públicos e condições de exercício de suas funções, mas nem sempre a prejuízo material ao patrimônio público, mantendo-se vinculada à proibição do enriquecimento ilícito. Essas noções são importantes para compreensão do bem jurídico, nas licitações, de um lado, e para o manejo de instrumentos simultâneos de responsabilização dos agentes, de interrupção e de reparação dos danos ao interesse patrimonial coletivo, de outro.

Destarte, a moralidade passou de conjunto de regras tiradas da disciplina interior da Administração para o controle do exercício da discricionariedade e o desenvolvimento das teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder, sendo modernamente associada à lealdade, à boa-fé e aos padrões éticos de uma sociedade em uma determinada época. De outro giro, há quem associe a moralidade a princípios gerais do direito, como proporcionalidade, razoabilidade, interesse público e valores encontrados no preâmbulo da Constituição para vinculação moral do agente ao interesse público. Poderia ser analisada a partir da escolha dos motivos, do objeto e da finalidade do ato, antes de seu resultado, mormente jurídico, ou seja, independentemente da legalidade.

Outrossim, transcende o objeto do Direito Administrativo, sendo indissociável da opção republicana, do direito de participação política e do regime jurídico da Administração. Instrumentaliza direito fundamental e pode-se aduzir que, sendo imprescindível nas licitações, reclama-se, em última análise, a tutela penal eficiente na condição de bem jurídico. Estritamente associada aos direitos fundamentais e ao conteúdo do art. 1º e art. 3º, da Lei Maior, não se admite ausência de intervenção penal em face de ataques que efetivamente a comprometam. Sob tal aspecto, vislumbra-se um mandado de criminalização implícito de violações da moralidade, no âmbito do poder de contratar do Estado, em sentido amplo. A inobservância do dever de licitar, a frustração e a fraude dolosas das licitações, geralmente mediante expedientes sofisticados, gestados por organizações criminosas, com vistas à subjugação do interesse público pelo privado escuso, afetam aqueles direitos fundamentais do cidadão, o qual suporta as consequências nefastas da falta de zelo pela coisa pública, inclusive para o exercício de outros direitos, e é alijado dos negócios da Administração Pública,

inclusive do legítimo acesso ao processo de escolha do contratante. Com efeito, inúmeros comandos constitucionais são violados, por via oblíqua, diante do desvio de recursos públicos e do comprometimento da qualidade dos serviços públicos. Em suma, a moralidade, na seara contratual do Estado, demanda tutela penal eficiente.

Márcio Elias Rosa⁷ ensina ainda que, historicamente, quanto ao controle da moralidade, interessava o da legalidade, aplicando-se a teoria do desvio de poder, sob os auspícios do Conselho de Estado, que presidia a jurisdição administrativa, independente da judicial. Na Constituição brasileira de 1988, contudo, adquiriu maior abrangência, obrigando a organização da administração e alcançando o excesso de poder ou a omissão. Ainda quanto à evolução, a moralidade acabou identificada com a noção objetiva de boa-fé, invocando-se fundamentos do direito privado para nulificação de atos administrativos. Deixou ainda de ser simples padrão a orientar a repetição dos atos e princípio consagrador de valores diferenciados para os agentes. O institucionalismo conferiu à Administração personalidade jurídica própria, pressupondo unidade física e de fim ou ordem, sendo dotada, então, de moralidade distinta da comum e de vontade, cuja correspondência ao interesse público lhe confere legitimidade. Márcio Elias Rosa assevera que a submissão da República Federativa do Brasil ao modelo de Estado de Direito Democrático pressupõe, respectivamente, a opção legal e ética ou moral (esta identificada nos valores indicados no Preâmbulo Constitucional). O regime republicano garante a coexistência de interesses públicos, não titularizados pelo Estado, mas pela sociedade, e privados, bem como a supremacia dos primeiros. Em suma, não basta a atuação conforme a lei, mas uma ótima concreção de valores morais, ainda que próprios da instituição Administração Pública. A causa e o fim do ato compõem os elementos éticos jurídicos da atuação.

Por outro lado, a tímida interpretação do princípio da segurança jurídica o reduz à estabilização de situações e relações jurídicas, em detrimento da revisão e do reconhecimento da autonomia da moralidade. Assim, alguns publicistas reconduzem-na à legalidade, vislumbrando conceito rarefeito e desprovido de densidade semântica que emerge da vinculação a outros princípios (proporcionalidade, razoabilidade, finalidade) e condicionando a invalidação do ato à violação da regra. Se esta alberga também valor moral, além da invalidade, haverá imoralidade. Também divergimos da tese negativista, que ignora a superação

⁷ Idem p. 227.

da dicotomia Moral e Direito, apontando como evidência a previsão de atos de improbidade para condutas culposas de dano ao patrimônio público e a possibilidade de violação tão somente de princípios. Observa-se, com razão, que, sendo aberto o nosso sistema e necessária a constante adequação do texto a valores da sociedade, os princípios, como a moralidade, reclamam espaço autônomo.

Nesse contexto, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o objetivo de uma sociedade livre, justa e solidária, a prevalência dos direitos humanos e a solução pacífica de conflitos inauguram a Constituição e formam seu esteio moral, ou seja, cuidam da licitude e não propriamente de legalidade formal, como bem assinala Elias Rosa. Os *standards* morais da ordem constitucional não são convicções do aplicador. Tais ideias dão sentido ao desvio de poder e à invalidade da lei quando não dirigida ao atendimento dos princípios constitucionais, mormente o da moralidade. A violação dessa pode ocorrer sem a violação de uma regra. Somente assim não se despreza o art. 37, da CF, e não se restringe o objeto da ação popular e da ação civil por improbidade administrativa. Neste ponto, a efetividade do princípio, segundo referido doutrinador pátrio, diz com a capacidade transformadora do direito e não simplesmente com a eficácia. Importa a legitimidade no exercício do poder. A juridicidade, por sua vez, decorre da exigência pelo ordenamento da realização do valor da Justiça.

Alguns publicistas situam-na na zona fronteira entre Direito e Moral, reconhecem a impossibilidade de conceituação da moralidade administrativa ou atribuem a dificuldade à ampla gama de condutas desvirtuadoras das finalidades da Administração. Concordamos, porém, com a lição de que tal princípio impõe, na verdade, o dever de observância dos valores morais abrigados no sistema constitucional, seja para implicar a entidade administrativa e seus agentes, seja para obrigar os administrados, reconhecendo-a ausente pelo exame da finalidade, mas também a partir de outros critérios. A moralidade não é alheia aos valores morais comuns à coletividade. Sustenta soluções equânimes e a universalidade, aperfeiçoando a liberdade e reduzindo desigualdades. Instrumentalizam-na os princípios gerais, como a boa-fé, a razoabilidade e a proporcionalidade, ainda que se lhes reconheça conteúdo próprio, bem como os valores do Preâmbulo constitucional, o controle do exercício do poder pelo excesso ou desvio de finalidade, sua natureza institucional a vincular legislador, administrador e juiz⁸.

⁸ Idem, p. 262.

Destaca-se, além disso, a importância da moralidade na orientação da atuação discricionária, como liberdade concedida pela lei ao agente na decisão e adoção do meio para consecução de uma finalidade, em virtude da impossibilidade material de previsão antecipada de todas as formas possíveis de atuação, do uso de expressões plurissignificativas, da omissão ou mesmo da indicação de mais de um modo de atuação. Informa, aliás, a interpretação de conceitos indeterminados, assim como o princípio implícito da imparcialidade. Este último, no escólio de Elias Rosa, embora possa se confundir com isonomia, decorreria de tal direito fundamental e revelar-se-ia na impessoalidade, prevista no art. 37, *caput*, da nossa Lei Maior. Impediria privilégio, no que se aproxima da finalidade, tão cara ao escopo dos procedimentos licitatórios, ou resultaria da imputação da atuação à pessoa jurídica e não pessoalmente ao agente público. Limitaria, então, a escolha do meio com intento de alcançar o fim legitimador de sua atuação⁹. Enfim, referido princípio geral de vinculação do exercício da função estatal também sobressai em matéria de licitações.

Merece destaque, ademais, conforme assaz preciosos ensinamentos, a proporcionalidade, que, conquanto associada à isonomia, tem significação peculiar na verificação concreta da adequação da medida, do atendimento da finalidade e do menor sacrifício com melhor resultado. A razoabilidade, por sua vez, serve à apuração do equilíbrio entre atuação estatal e situação fática que a ensejou, segundo valoração do homem médio. Auxilia, outrossim, o exame da moralidade administrativa, no controle do objeto do ato. De qualquer modo, a moralidade, por não ser mera expressão da legalidade, mas por revelar o ilícito, não acarreta apenas a anulação do ato, mas sanções civis, administrativas ou funcionais, políticas e penais. O dever de probidade dirige-se aos agentes públicos – cuja função goza dos atributos da lealdade à coletividade, boa-fé e honestidade, valores que compõem a moralidade – e aos particulares que contratam com a Administração. Enfim, o antecedente necessário da improbidade é a imoralidade.

À luz do art. 37, § 4º, da CF, o legislador a regulamentou pela Lei 8429/92, prescrevendo como espécies de improbidade o enriquecimento ilícito (art. 9º), a lesão ao erário (art. 10) e a violação de princípios e deveres (art. 11). Esses atos previstos, normalmente, correspondem a ilícitos do colarinho branco, marcados pela estreita relação com o exercício do poder, que comprometem os princípios do sistema e o colocam

⁹ Idem, p. 277.

em sério risco. Sua gravidade e a ofensa a bens jurídicos diversos, como patrimônio e fé pública, justificam níveis distintos de responsabilização, o que se verifica claramente nas infrações às regras essenciais das licitações. A propósito, a responsabilização civil, penal, político-administrativa não representa *bis in idem*, gozando de especial utilidade as lições de Fabio Medina Osório a respeito da missão estratégica e valiosa do Direito Administrativo sancionador, em situações de tal jaez.

Em suma, interessam, particularmente, nessa sede, os princípios da moralidade e da impessoalidade, na medida em que a licitação os concretiza e, por conseguinte, atende à supremacia do interesse público sobre eventuais injunções particulares ilegítimas na atividade escoreta do Estado e à isonomia entre particulares nas relações com a Administração, excluindo-se qualquer tipo de desvio dos valores constitucionais ou de favorecimento. Tais desideratos se completam, pois a preservação de condições equânimes de disputa facilita a escolha do negócio efetivamente mais vantajoso para o interesse público. A honestidade na missão de administrar, por sua vez, contempla equidade no tratamento dos cidadãos. Embora todos os princípios básicos da administração, mormente aqueles expressamente previstos na Constituição, vinculem a atividade administrativa, por completo, inclusive os atos relacionados às licitações e contratos, é forçoso compreender que, para fins de intervenção penal, o sentido e o fundamento do instituto estão justamente na concretização dos princípios da moralidade e da igualdade, no contexto dos negócios do Estado. Estes seriam os bens jurídicos eleitos pelo constituinte como dignos de tutela penal.

Não obstante a crítica da Escola de Frankfurt à extensão da proteção penal para bens que não gozam de referencial antropocêntrico, o referido subsistema de normas, sobretudo os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, no nosso sentir, albergam interesses caros da sociedade com dignidade constitucional e afetam direitos fundamentais do cidadão, em última instância, legitimando a cominação da sanção penal para as respectivas violações. Não é novidade a criação de normas penais para garantir o cumprimento de outras normas do ordenamento, por contemplarem direitos assaz importantes para o convívio social. Natural, perante o dinamismo sociocultural, exacerbado no contexto da modernidade líquida ou pós-modernidade, e diante desse movimento constante e dúplici de despenalização e neocriminalização, a realização de ajustes na legislação e na jurisprudência. Compreensível a preocupação crescente com interesses estratégicos, sobretudo atinentes à relação mais intensa e complexa entre Estado

e cidadãos, e a relevância dada aos mecanismos de controle, inclusive daqueles dotados de alto grau de coercitividade, que possam supostamente conduzir à satisfação dos direitos arduamente conquistados pelo indivíduo e, por conseguinte, à realização plena da dignidade da pessoa humana.

2. Princípios penais

Por outro lado, para delimitação da intervenção penal em favor de tão legítimos interesses coletivos ou difusos, como aqueles ínsitos ao regime das licitações, também devem ser observados os princípios penais agasalhados pela Constituição. O princípio da legalidade, na lição de Luiz Luisi¹⁰, desdobra-se em três postulados, concernentes, respectivamente, à fonte (reserva legal), enunciação (taxatividade) e validade no tempo (anterioridade). O primeiro, nos termos do art. 5º, XXXIX, da CF, condiciona crime e pena à existência de lei, em sentido formal, excluindo-se costume e analogia como fonte, salvo “*in bonam parte*”. Essa reserva legal, se absoluta, aliás, não admite sequer outro tipo de disciplina normativa para aspectos secundários da matéria. O postulado da determinação taxativa, por sua vez, exige que as leis incriminadoras sejam claras, certas e precisas, sendo vedadas expressões ambíguas, vagas e demasiadamente abertas. Ao cidadão deve ser assegurado o conhecimento prévio do que é exatamente proibido e permitido. Em contrapartida, prestigia-se a função de prevenção da sanção. Restringindo-se a discricionariedade do aplicador, ademais, preserva-se a separação e o equilíbrio entre os poderes. Finalmente, segundo a ir-retroatividade, a lei somente alcança fatos posteriores ao início de sua vigência, salvo se benéfica, quando supera até mesmo a coisa julgada. O indivíduo, a propósito, tem o direito de conhecer as consequências de sua conduta e de ajustá-la ao ordenamento vigente, não se lhe impondo a vidência em relação às opções do legislador.

O princípio da culpabilidade, por sua vez, exige reprovação da conduta do agente, além de dolo ou culpa, para sua responsabilização criminal. A responsabilidade não pode ser objetiva, exclusivamente fundada no liame entre sua conduta e o dano. Pressupondo-se o homem como ser livre e capaz de se autodeterminar, à luz da dignidade da pessoa humana, a vontade ganha relevância jurídica. Como ensina Luiz

¹⁰ LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 17.

Luisi¹¹, a culpabilidade não recebeu contribuição decisiva do Iluminismo e foi relegada historicamente por uma visão cientificista da relação do agente com o fato criminoso e pela ideia de temibilidade. Somente após uma identificação inicial com elemento subjetivo da conduta, adquiriu fisionomia normativa, como reprovação de uma opção consciente e livre do indivíduo. Com o finalismo, situado o pressuposto do dolo e da culpa na conduta tipificada, a culpabilidade passou a ser considerada a reprovação jurídica indispensável à aplicação da pena cominada ao delito, sujeita, ademais, a excludentes legais ou supralegais.

O princípio da intervenção mínima consiste na imposição de limites ao legislador na criação de figuras típicas e penas que não sejam estrita e evidentemente necessárias. Somente a necessidade para proteção de um bem jurídico legitima a criminalização de uma conduta. Como relembra Luiz Luisi¹², ainda que não esteja explicitado na Constituição, o princípio é imanente, vinculado a outros expressos e aos fundamentos do Estado de Direito, como a inviolabilidade da liberdade e a dignidade da pessoa humana. Prestigiando determinadas funções da pena privativa de liberdade e sua posição nuclear no Direito Penal, daquele princípio decorrem a fragmentariedade e subsidiariedade. Afirma-se, respectivamente, que nem todo bem é digno de tutela penal, a qual seria descontínua, e que a criminalização de uma conduta deve ser o último remédio jurídico para proteção do bem. Enfim, legitimar-se-ia somente quando os demais ramos do Direito fossem incapazes de proteger bens fundamentais para a existência do homem e da sociedade.

O princípio invocado é essencial no diagnóstico da hipertrofia ou nomorreia penal, que não poupou comportamentos relacionados às licitações. Tal fenômeno desafiou, em contrapartida, soluções doutrinárias e jurisprudenciais, como a adoção do princípio da insignificância, além de leve movimento legislativo de despenalização de ataques adstritos a dogmas morais ou valores superados e até mesmo a transformação de alguns ilícitos penais em administrativos. Luiz Luisi relembra que, na Itália, a partir de 1983, sedimentou-se a orientação do legislador pelos critérios da necessidade e proporcionalidade. Enfim, a premissa de que somente a lesão grave a bem jurídico, relevante para a preservação da coesão social, justifica a penalização ainda está submetida ao desenvolvimento teórico em diversas vertentes e ao aperfeiçoamento de sua aplicabilidade. Cumpre registrar, ainda, a referência que penalistas

¹¹ Idem, p. 32.

¹² Idem, p. 40.

fazem ao princípio da ofensividade ou lesividade, exigindo-se lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem jurídico para responsabilização criminal e restrição excepcional à liberdade individual.

O princípio da ofensividade ou lesividade, essencial para o Direito Penal Liberal, na lição de Antonio Carlos da Ponte¹³, impõe que o fato seja ofensivo ou ofereça perigo concreto, efetivo e real a um certo bem jurídico protegido, para ser criminoso. Sua natureza constitucional impede o legislador de criar tipos para condutas absolutamente inofensivas e confere ao juiz o poder-dever de desconsiderar aquelas indiferentes. Tem como funções proibir a incriminação de atitude interna, como a mera cogitação; de condutas que não extrapolem o âmbito do autor, como os atos preparatórios; da participação impunível e do crime impossível; de estado ou condições existenciais; e de comportamentos que, embora desaprovados pelo corpo social, não afetam nenhum bem jurídico, como os hábitos de grupos minoritários. O princípio reflete a opção por um Estado Democrático de Direito e, portanto, corrobora a conclusão de que a dogmática penal possui conteúdo ideológico. Abandona-se um Direito Penal da vontade ou do autor, privilegiando o resultado e não o mero perigo ou a personalidade do agente. Descarta-se, outrossim, o conceito de bem jurídico como simples dever, cuja quebra justificaria a intervenção penal.

A aplicação judicial do princípio, diante de tipos já construídos para fatos inofensivos, no entanto, deve seguir critérios seguros, a fim de evitar a usurpação pelo Judiciário do poder de legislar e a ofensa à separação de poderes. Como ensina Antonio Carlos da Ponte¹⁴, o princípio da insignificância ou da bagatela, então, serve como causa de exclusão da tipicidade compreendendo-se que a subsunção da conduta ao tipo não pode ser apenas formal, mas apresentar relevância material, com a perspectiva de lesão ao bem jurídico. O Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só deve ir até onde é necessário para proteção do bem. O aludido mestre relembra que Hans Welzel já desenvolvera a ideia da adequação social, concebendo a necessidade de que lesões insignificantes fossem excluídas do campo de incidência do Direito Penal, e que Claus Roxin, na empreitada de determinar o injusto, acabou por desenvolver o princípio da insignificância, tão difundido na jurisprudência recente. A verificação da ausência de periculosidade social da conduta e de seu reduzido grau de reprovabilidade certamente auxilia sua aplicação

¹³ HASSEMER, Winfried. Sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XIII, n. 36, p. 76, mar. 1986.

¹⁴ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. p. 78.

responsável, sem violação do princípio da legalidade, impedindo, inclusive, que as infrações de menor potencial ofensivo sejam pronta, simples e indiscriminadamente desprezadas pelos operadores do direito.

Por fim, não se deve olvidar o princípio da humanidade, como corolário da dignidade da pessoa humana, destinado, precipuamente, a impedir penas e tratamentos cruéis ou degradantes e a tortura, além do princípio da pessoalidade e individualização da pena, consistente na restrição da sanção à pessoa do condenado, de acordo com o fato concreto, observadas as fases complementares para seu dimensionamento (legislativa, judicial e executória).

A exposição sucinta do significado de todos estes princípios é indispensável para a exegese e análise crítica de cada norma penal destinada à tutela das licitações, a fim de verificar se compatível com a ordem constitucional e as garantias arduamente conquistadas pelo indivíduo. A dupla face do garantismo deve orientar, outrossim, no nosso sentir, a verificação da tipicidade material das condutas previstas pela legislação pátria específica e a aplicação de cada norma mais afinada com a ingerência penal necessária, suficiente e proporcional em sentido estrito.

3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, incide tanto sobre o Direito Penal como sobre o Direito Administrativo, inclusive o Sancionador, no âmbito dos direitos fundamentais. Na lição de Mariângela Gama de Magalhães Gomes¹⁵ integra uma exigência ínsita do Estado de Direito para proteção do indivíduo contra intervenções estatais excessivas, ou seja, para que cada restrição de direito individual seja necessária, adequada e proporcional em sentido estrito para proteção de um bem jurídico, ao menos de igual valor, não bastando a proibição do abuso, como esboçou a jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Diz com os pressupostos materiais da intervenção, preservando a legitimidade do legislativo naqueles limites. É imanente à essência dos direitos fundamentais, impede que o Direito Penal seja mero instrumento de poder, servindo a valores, e impõe proporção entre a sanção e a gravidade do fato, como exigência da justiça e dignidade da pessoa humana.

¹⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

Antonio Carlos da Ponte¹⁶ aponta como fundamentos do princípio da proporcionalidade os incisos XLII, XLIII, XLIV, XLVI, XLVII, do art. 5º, da Constituição Federal. Está ligado ao conceito de Justiça em um Estado Democrático de Direito, ao estabelecer os crimes que não estão sujeitos à prescrição, aqueles de extrema gravidade, a proibição de certas penas e a individualização das demais. Segundo o citado autor, uma de suas fontes é a igualdade, obstando discriminações injustificadas e medidas arbitrárias no processo legislativo, em que são fixados, por exemplo, os limites mínimo e máximo das penas, ou em sede judicial. Historicamente, revelou-se na Lei de Talião. Propicia o equilíbrio entre os interesses individuais e da sociedade. Impõe a proibição do excesso e a adequação dos meios aos fins. Delimita a discricionariedade do legislador e do aplicador da lei, apresentando dupla face: proteção positiva e contra omissões estatais. Vale dizer, a inconstitucionalidade poderia decorrer do excesso estatal ou da tutela insuficiente de um direito fundamental social, como na falta de sanções penais ou administrativas para ataques a determinados bens jurídicos eleitos pela Lei Maior. Essa obrigatoriedade de proteção suficiente se orienta pelos mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Destarte, assim como os demais princípios ora invocados, a proporcionalidade deve nortear a intervenção penal nas licitações, as interpretações mais apropriadas de suas normas e as sugestões de revisão da legislação vigente. Trata-se de princípio geral, mas especialmente relevante em matéria penal, extraído de vários preceitos do regime constitucional pátrio, nos termos do § 2º, do art. 5º, da CF; da ponderação entre interesses da coletividade e individuais imanente à adoção explícita do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF); do valor da justiça referido já no preâmbulo da Carta Magna; do objetivo de construir uma sociedade justa (art. 3º, da CF); da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF); do status da liberdade e da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF); do significado constitucional da pena e da proibição das cruéis e desumanas (art. 5º, inc. III, da CF); da proporcionalidade do direito de resposta (art. 5º, inc. V, da CF); e do devido processo legal, incompatível com a exceção e a arbitrariedade (art. 5º, inc. LIV, da CF).

¹⁶ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. p. 79.

4. Escorço histórico do subsistema normativo das licitações

O instituto da licitação tem mais de cento e trinta anos de história no Brasil, tendo sido introduzido no ordenamento pelo Decreto n. 2926/1862, o qual regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério de Agricultura, Comércio e Obras Públicas. A Lei 2221/1909, por sua vez, fixou regras para as concorrências e as leis n. 3232/1917, 3454/1918 e 3991/1920, além do Decreto n. 4555/1922, também cuidaram da matéria até ser consolidada no Decreto 4536/1922 (Código de Contabilidade da União), cuja aplicação foi estendida pela jurisprudência e pelos Tribunais de Contas para estados e municípios, como corolário do princípio da moralidade administrativa¹⁷. O Decreto 200, de 1967, estabeleceu princípios da reforma administrativa federal, modalidades de licitação e hipóteses de dispensa. Ainda, segundo André Guilherme Tavares de Freitas, a Lei 5456/1968, então, trouxe algumas alterações e estabeleceu a incidência daquelas regras no âmbito dos Estados e Municípios. Por sua relevância, acabou amparada pela Emenda Constitucional n. 1/69, que institui a competência da União para normas gerais da matéria. Assim, a Súmula 158 do Tribunal de Contas reconheceu a sujeição das entidades da Administração aos ditames da competição licitatória. O Decreto-Lei 2300/1986 reuniu e definiu as normas gerais e especiais – estas para a União – sobre licitação e contratos administrativos.

Na evolução histórica do Direito Penal brasileiro, não são encontrados crimes específicos contra as licitações, no Livro V das Ordenações Filipinas, no Código Criminal do Império do Brasil, no Código Penal de 1890 e na Consolidação das Leis Penais de 1932. O Código Penal de 1940 acabou por tratar de algumas condutas especificamente relacionadas à concorrência, termo menos abrangente do que licitação. Assim, previu os crimes de violação de sigilo de proposta de concorrência (art. 326), de impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (art. 335), além de outros com incidência mais ampla (não restrita às concorrências), como de inutilização de edital ou de sinal (art. 336) e de advocacia administrativa (art. 321), para cuja exegese são valiosos os ensinamentos de Nelson Hungria¹⁸.

A Constituição de 1988, no entanto, conferiu suma relevância ao tema, mediante várias disposições (arts. 22, inc. XXVII, 37, inc. XXI, 175

¹⁷ FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15.

¹⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX, p. 396.

e 195, § 3º). Seguiram-se as leis 8666/93, 8883/94, 9032/95, 9648/98 e 9854/99, além de Emenda 6/1995. André Guilherme Tavares de Freitas conclui que o ordenamento pátrio, ao longo do tempo, contou com ampliação da aplicação das normas sobre licitações, definições mais precisas de sua obrigatoriedade e de suas exceções, de seus componentes importantes, como os requisitos de editais e julgamentos, de regimes especiais e de mecanismos para ampla defesa, sobretudo em revogação e anulação. Na lição de Vicente Greco Filho, a nova redação do art. 173, da CF, tornou excepcional a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, ou seja, quando necessária aos imperativos da segurança nacional e ao relevante interesse coletivo, nos termos da lei. A licitação, em contrapartida, ganhou relevância maior ainda, como antecedente imprescindível para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, contratadas com terceiro. O projeto do Deputado Roberto Pontes, que deu origem à Lei 8666/93, não continha previsão inicial de tipos penais, mas sofreu modificações e ganhou a Seção III do Capítulo IV (Dos Crimes e das Penas), no Senado, seguindo a tendência de inflação punitiva, sobretudo em leis esparsas. O Código Penal, de qualquer sorte, continuou e continua aplicável a diversas situações, como na fraude ou violência em arrematação judicial (art. 358, do CP), a qual não se confunde com a licitação administrativa. No mesmo diapasão, embora sem disposição expressa na Lei de Licitações, a Lei de Improbidade Administrativa também se aplica aos contratos e seus certames.

À luz dos princípios da intervenção mínima e da lesividade, bem assim da ideia de codificação, bastariam, no nosso sentir, algumas modificações no Código Penal para tutela eficiente e comedida do bem jurídico albergado pela Lei Maior. A substituição da concorrência pelo conceito mais amplo de licitação (gênero do qual a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão são espécies) e a adequação dos tipos à regulamentação vigente dos procedimentos pela lei especial, como a previsão da categoria de licitante inidôneo, propiciariam intervenção penal suficiente e necessária nesta seara, prescindindo-se das seções III e IV introduzidas na legislação esparsa.

A propósito, a maior parte das condutas tipificadas pela Lei de Licitações já se subsumia a tipos do Código Penal. Contra a suposição de que os novos dispositivos – mais minuciosos – otimizariam a vertente taxatividade do princípio da legalidade e melhor protegeriam o instituto, verificaram-se, na verdade, várias objeções dogmáticas: o emprego de expressões equívocas ou despiciendas, redações imperfeitas, falta

de sistematização, escolha aleatória de algumas condutas não lesivas e lacunas na proteção do bem jurídico, excesso de tipos abertos e de perigo abstrato, de conceitos indeterminados, de normas penais em branco e de equiparações na tipificação de condutas objetivamente distintas (tentativa e consumação, autoria e participação, etc.).

Ademais, a extensão do texto de inúmeros dispositivos, como o art. 96, da Lei, e a inclusão de elementos peculiares ou estranhos ao injusto, como a invalidação do ato pelo Judiciário no art. 91, do aludido diploma legal, fizeram com que diversas condutas, porque desacompanhadas de alguns fatores específicos e estranhos ao injusto, não pudessem se subsumir aos respectivos tipos penais, não obstante substancialmente prejudiciais aos escopos das licitações. O ímpeto ao ministrar o remédio específico mostrou-se contraproducente ao tratamento do problema, ignorando os efeitos colaterais (exclusão de condutas desprovidas de características desimportantes). Em outras palavras, viável plenamente compreender, por exemplo, o que é fraudar uma licitação ou a execução de um contrato, existindo variegados e inimagináveis meios para tanto. Desnecessária e propícia à impunidade, portanto, a descrição incompleta feita pelo art. 96, da lei, de cada *modus operandi*. No mesmo sentido, prescindível a invalidação definitiva do ato para que o patrocínio ilegal de interesse particular no seio da Administração seja considerado reprovável penalmente, mostrando-se contraproducente aquela exigência do art. 91. Enfim, no afã de criminalizar, o legislador introduziu elementos extrínsecos ao injusto; preocupou-se em descrever minúcias de atos mais recorrentes, desprezando aqueles com outros contornos, mas aptos à idêntica lesão ao bem jurídico; tipificou algumas condutas desprovidas de lesividade e várias já contempladas por tipos penais mais abrangentes, olvidando-se, ao mesmo tempo, outras que afetariam, fatalmente, as finalidades da licitação.

Destarte, a reação simbólica e impulsiva do legislador aos episódios de corrupção e de superfaturamento na década de 1990, em contexto de incremento de contratações de particulares pelos órgãos do Estado, muitas vezes sob a influência de agentes políticos, não atentou para problemas de ordem dogmática, para a melhor técnica legislativa, para os benefícios da codificação e para os princípios constitucionais, como da intervenção mínima, da culpabilidade, da legalidade e da proporcionalidade. Assim, com a aprovação do Congresso e a sanção presidencial, foram introduzidos na nossa ordem jurídica, em 21 de junho de 1993, tipos penais específicos para as licitações e contratações da Administração Pública, sem *vacatio legis*. E como a União extraía da Carga Magna

competência privativa para legislar sobre matéria penal, a Lei 8666/93 contemplou delitos que, nos termos de seu art. 85, referiam-se às licitações e contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e quaisquer outras entidades sob seu controle direto e indireto. Neste ponto, foram definidos os sujeitos passivos das infrações penais e impostas aos seus agentes as providências para instauração e condução regular das licitações, ressalvadas apenas as hipóteses legalmente expressas de dispensa ou inexigibilidade.

5. Os mandados de criminalização e a licitação na Constituição

Para melhor compreensão da necessidade e limites da intervenção penal, na matéria sob análise, impende identificar, com precisão, o respectivo bem a tutelar, sob um prisma constitucional, seus sujeitos ativo e passivo, além de propor ajustes ou exegeses apropriadas do texto vigente sobre Licitações. A Lei 8666/93 concretizou determinação do art. 37, XXI, e art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. O legislador obedeceu a um mandado de criminalização implícito, não obstante a opinião majoritária de que se tratou de opção legislativa, como a de Adel El Tasse¹⁹, por exemplo. A Carta Magna conferiu relevância peculiar à tutela do patrimônio, mormente do público, e aos princípios que regem a Administração Pública, como a moralidade administrativa, a isonomia, a impessoalidade, a legalidade, a probidade e a publicidade, com repercussão favorável à proteção do erário.

Todavia, segundo Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino²⁰, a Lei 8666/93 excedeu-se na ampliação do número de regras e, paradoxalmente, transformou-as em normas gerais de licitações e contratos administrativos, em detrimento das particularidades locais, extraindo competência do disposto no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, embora sua ementa anuncie a função regulamentadora do art. 37, XXI, da Lei Maior. Segundo esses autores, acabou por desestimular a atividade de licitar, com a complexidade de suas regras e extenso rol de delitos. De qualquer modo, o constituinte, ao eleger os meios valiosos

¹⁹ EL TASSE, Adel. Licitações e contratos administrativos. In: GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 671. (Coleção Ciências Criminais, v. 6).

²⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. *Manual prático das licitações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43.

e indispensáveis para alcançar objetivos, como os do art. 5º, da CF, e ao vincular o legislador infraconstitucional e a Administração a diversos princípios, conferiu relevância estratégica à licitação, cuja inobservância ou frustração deveria ser coibida e reprovada, severamente. Embora não expressamente, acabou por considerar a insuficiência de apenas outros ramos do Direito para garantir sua adoção e regularidade, reclamando também do Direito Penal a intervenção para proteger os bens jurídicos albergados pela ordem constitucional.

Em suma, o sistema jurídico pátrio, ao reconhecer em nível hierárquico superior a necessidade e a função determinante da licitação escorregada na efetivação do interesse público e de princípios caros da Lei Maior, contemplou a criação de tipos penais para tratamento completo e adequado da matéria. A propósito, não se deve olvidar também a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 4410/02, e compromissos internacionais de combatê-la, sendo cediço que sua disseminação está associada, invariavelmente, à realização de negócios entre Estado e particulares, sem licitação ou mediante certame viciado. Enfim, o legislador não poderia se furtar à exigência de intervenção penal, mas mínima, nessa seara, tão propícia aos malfeitos com recursos públicos, em detrimento da satisfação de direitos básicos dos cidadãos, e frequentemente útil aos servidores e particulares para o enriquecimento ilícito. Flávio Sátiro Fernandes²¹, aliás, bem destaca que a exigência de licitação não se assenta apenas sobre o interesse econômico e da Administração, mas sobre valores éticos.

Destarte, o art. 1º, da Lei 8666/93, observando o comando constitucional, estabeleceu a obrigatoriedade da licitação para a Administração Pública Direta, para os fundos especiais (reservas vinculadas de numerário, mas sem capacidade jurídica, motivo pelo qual a expressão “fundações governamentais” teria seguido a melhor técnica), para autarquias (pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade exclusivamente administrativa), para fundações públicas (patrimônios personalizados e afetados a um fim, sob regime público), para empresas públicas (sociedades mercantis, industriais ou prestadoras de serviços constituídas pelos entes federativos, mediante autorização legal e sob a égide do Direito Privado, com capital exclusiva ou predominantemente da Administração Pública, destinadas a realizar interesses públicos), para sociedades de economia mista (entidades mercantis, industriais

²¹ FERNANDES, Flávio Sátiro. Dos crimes licitatórios. *Revista Jurídica*, ano XLII, n. 203, p. 39, set. 1994.

ou prestadoras de serviços constituídas pelos entes federativos, mediante autorização legal e sob a égide do Direito Privado, com capital particular e da Administração Pública, destinadas a realizar interesses públicos) e para entidades controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, diretamente (quando detentores da maioria do capital social com direito a voto, nos termos do art. 165, § 5º, II, da CF) ou indiretamente (através de entidades criadas pelas empresas governamentais e submetidas ao seu controle direto, como as subsidiárias). Em contrapartida, o referido diploma legal enumerou expressamente as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade do procedimento licitatório.

Ainda no que concerne à repercussão da introdução da Lei de Licitações no ordenamento vigente, José Cretella Junior²² salienta que a definição da natureza da pessoa jurídica interessada no serviço ou na mercadoria, como Febem, Banco do Brasil, Emurb, BNDES, Caixa Econômica, é imprescindível, ainda que algum particular também tenha sido prejudicado, para se concluir pela obrigatoriedade e pela regularidade da licitação. Se o sujeito passivo não pertence à Administração Pública, não incidem os preceitos incriminadores da Lei de Licitações, restando eventual subsunção a algum tipo do Código Penal. No mesmo diapasão, o conceito de funcionário público para fins penais é específico. Somente o partícipe que tinha ciência desta condição, portanto, responde em concurso pelo crime funcional. Merece registro, a propósito, classificação de parte da doutrina das infrações em ilícito penal, cometido pelo cidadão, e ilícito administrativo puro e penal administrativo, ambos praticados pelo servidor.

Hely Lopes Meirelles²³ critica a seção III, da Lei de Licitações, por apresentar tipos anormais, conjugando dispositivos de natureza penal e administrativa e conceitos extrapenais. Observa que trouxe conceito próprio de funcionário público, com acréscimo da pena em um terço, se ele exercia função ou cargo de confiança. André Guilherme Tavares de Freitas pondera que não se adota a equiparação do § 1º, do art. 327, do CP, com a redação da Lei 9983/00, com aqueles que trabalham para prestadora de serviço contratada ou conveniada em atividade típica da Administração Pública, porque aquela não estaria sujeita a procedimento licitatório. A causa de aumento da lei especial, outrossim, tem maior amplitude, pois encerra também funções de confiança que não são necessariamente de direção e assessoramento, como exige o § 2º, do art. 327, do CP.

²² *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 410.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. p. 187.

João Marcelo de Araujo Junior²⁴ considera dispensável, na verdade, o art. 84, da Lei de Licitações, diante do disposto no art. 327, do CP, entendendo que o legislador, aparentemente, pretendeu ampliar o conceito de funcionário público, mas se limitou a acolher a dimensão que a doutrina e a jurisprudência já lhe conferia, inclusive com a equiparação do empregado de sociedade de economia mista. Acabou, ainda, por criar confusão conceitual, ao empregar a expressão servidor público. Por outro lado, em sua opinião, a discussão sobre a integração da Administração Direta por autarquias restou prejudicada para fins de aplicação do dispositivo, por estarem ao alcance da inclusão legal das “demais entidades sob controle direto ou indireto do Poder Público”.

Marçal Justen Filho²⁵ observa que, nos termos do art. 84, da Lei 8666/93, o diploma abarca condutas de servidores, segundo o conceito amplo de agente estatal, ou seja, aquele que exerce cargo, função ou emprego público, ainda que transitoriamente e sem remuneração. Prescinde-se do vínculo formal e prestigia-se o interesse público, também presente nas atividades da Administração Indireta, excetuadas assim as simples organizações sociais não governamentais. Se fictícias, contudo, pois instituídas pelo governo ou abastecidas por recursos públicos, podem ter crimes praticados no seu âmbito. O legislador preocupou-se ainda com condutas de particulares e aquelas praticadas nas entidades privadas, em detrimento das licitações. O autor compreende, de outro giro, que grande parte das condutas reprováveis no curso da licitação ou contratação poderia ser reconduzida a tipos do Código Penal, além do que algumas modalidades de crimes contra a ordem econômica ocorreriam naquele âmbito, como a eliminação de concorrência mediante ajuste.

Vicente Greco Filho²⁶ ensina que o art. 84, da Lei 8666/93, redefiniu o conceito de servidor, incorporando a terminologia administrativa moderna e a abrangência dada pela jurisprudência e pela doutrina. Seria, então, não apenas aquele que exerce, mesmo que transitoriamente e sem remuneração, cargo, função ou emprego público, mas também a atividade em fundação, empresa pública, sociedade de economia mista e entidades sob controle direto ou indireto do Poder Público. Como a redação dada pela Lei 9983/2000 ao art. 327, do CP, incluiu aqueles que trabalham em prestadora de serviço contratada ou

²⁴ Op. cit., p. 174.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 809.

²⁶ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 25-27.

conveniada para execução de atividade típica da Administração Pública, surgiram dúvidas sobre a extensão do conceito de funcionário ou servidor público.

Com toda razão, o ilustre doutrinador vislumbra no art. 1º, da Lei 8666/93 a solução, sustentando que, se a entidade incumbida da atividade está sujeita às regras das licitações, ou seja, sob controle direto ou indireto dos entes federativos, seu agente gozará daquela condição legal. Na falta desta, eventualmente poderá cometer infração do Código Penal. Pode-se aduzir que até mesmo de outra lei esparsa, mas não crime especial da Lei de Licitações, que reclame tal qualidade do sujeito ativo. Outrossim, não surtirá o efeito automático do art. 83, da Lei, independentemente da quantidade de pena e da motivação exigidos pelo art. 92, do CP. Explica, a propósito, que os efeitos são de ordem administrativa (perda do cargo ou função) e política (perda do mandato eletivo), mas todos ocupados à época da condenação.

Eduardo Saad Diniz²⁷ salienta que o problema da conceituação da Administração Pública apenas tangenciou a evolução do modelo de Estado e que a capacidade de programação de suas atividades manteve-se alheia aos encaminhamentos de ordem político-legislativa. Suas estratégias não foram reduzidas em esquemas normativos e, inclusive, para atribuição de responsabilidades. Em uma sociedade industrializada, as demandas regulatórias intensificam-se entre força do Estado e controle da sociedade civil. A ideia de viabilizar a probidade administrativa, carecendo de elementos estruturais, passou a conviver com a de eficiência. Aduz que as parcerias público-privadas reproduzem a lógica perversa da privatização dos lucros e socialização dos riscos e que a revisão do conceito de Administração Pública deve contemplar este acoplamento estrutural dos interesses de natureza privada. Conclui que a regulação dos sistemas jurídicos busca, então, novos critérios para preservar as funções de controle social, mormente alternativas dogmáticas comuns na tutela de interesses supraindividuais, como delitos de perigo abstrato, normas penais em branco, expansão do Direito Penal, Direito de Intervenção, Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal do inimigo.

²⁷ Op. cit., p. 50.

6. Deficiências no cumprimento dos comandos constitucionais

A Lei em estudo estabeleceu variegados tipos penais para assegurar que as pessoas jurídicas que compõem a Administração, por seus prepostos, realizariam e zelariam pela regularidade das licitações e respectivos contratos, obstando também a interferência perniciosa de particulares. João Marcelo de Araujo Junior observa que, diferentemente do Código Penal, a Lei de Licitações está dividida apenas em capítulos e seções, sem ementas nos artigos. Com efeito, assim como o *nomen iuris*, as epígrafes também auxiliariam a identificação dos bens e interesses protegidos. Não causa estranheza, nesse contexto, que surgisse controvérsia doutrinária acerca do objeto de tutela de cada tipo. No nosso sentir, diante da infinidade de bens jurídicos vislumbrados pelos penalistas e administrativistas para cada norma, buscamos no conceito das licitações e na sua disciplina pela Lei Maior, em conformidade com seu histórico e contornos atuais, os interesses mais relevantes por elas albergados e que, fatalmente, estariam comprometidas, quando não instaurada ou quando eivada de vício.

Restringir-se-iam, assim, à moralidade administrativa, à isonomia e ao erário da Administração. Embora reflexamente resguardassem a supremacia do interesse público, entendemos que aqueles princípios e interesses gozam de contornos mais concretos e específicos, que permitem a delimitação mais apropriada do objeto e finalidade da tutela, restringindo-a e reduzindo o risco de tipificação de quaisquer condutas que atentem contra a ideia mais abstrata de interesse público. E de fato, na interpretação de cada dispositivo penal relevante da lei e do Código Penal, em matéria de licitações, permite vislumbrar algum ou mais de um desses três bens jurídicos. Naqueles em que não está presente nenhum deles, e sim a proteção de aspectos formais do procedimento, que não afetam a essência dos interesses acolhidos pela Constituição, observamos a inobservância da intervenção penal mínima, o abandono dos valiosos contributos da dogmática e o hábito de optar por texto legislativo extenso, supérfluo, simbólico e inócuo.

A conjugação entre os princípios de Direito Administrativo insculpidos na Constituição, a natureza, fundamentos e finalidades específicas do procedimento licitatório permite concluir que, assegurando-se a moralidade administrativa e a isonomia entre postulantes, mediante a instauração e no bojo desse procedimento, além de assim resguardar o erário público, o instituto da licitação terá aplicação efetiva e proteção integral. Nesse diapasão, é possível afirmar que os bens tutelados

não são exclusivamente individuais, pois aqueles princípios interessam a toda coletividade, nem por isso perdendo referencial antropocêntrico, dada sua relação inequívoca com os direitos fundamentais.

Além da pessoa jurídica da Administração e do licitante em condições de vencer, para os demais interessados em participar do certame e para os cidadãos em geral, até porque destinatários finais da atividade administrativa, é essencial que a escolha do contratado se pautе pela moralidade, pelo tratamento isonômico e pelo resultado mais favorável ao patrimônio e ao interesse público. Outrossim, somente as condutas que comprometam efetivamente aqueles bens jurídicos com dignidade constitucional exigem a tipificação, não devendo o Direito Penal se ocupar de perigos remotos, comportamentos secundários, de cogitação ou meramente preparatórios. Somente dessa forma, a subsidiariedade e fragmentariedade serão efetivamente respeitadas.

Retomando a discussão sobre o bem jurídico, cumpre salientar que João Marcelo de Araujo Junior, ao negar que os crimes da Lei sejam contra a ordem econômica, argumenta que prepondera, no injusto típico, o interesse da Administração. Reconhece, implicitamente, assim, que há outros interesses não prevaletentes sob tutela, nessa seara. Diógenes Gasparini, mais próximo da linha ora preconizada, considera bem jurídico, por exemplo, no art. 89, da Lei 8666/93 (dispensa ou inexigibilidade de licitação), a moralidade administrativa; no art. 94 (quebra de sigilo de proposta), a regularidade da licitação; no art. 96 (fraudes), o patrimônio público. Ricardo Antonio Andreucci²⁸ considera os interesses da administração em geral como bem jurídico. Todavia, tal definição é vaga e assaz ampla. Nem todo interesse administrativo é visado pela disciplina das licitações e muito menos por sua vertente penal. Outros autores mencionam a regularidade do procedimento, a imparcialidade, a preservação dos registros e cadastros, a competitividade e a livre iniciativa.

Embora todos esses fatores sejam relevantes para o corpo social, não foram estabelecidas constitucionalmente como valores nucleares nessa seara e diretamente dependentes de tutela penal. O que se busca com o procedimento licitatório e sua proteção penal é assegurar, em última instância, a moralidade na Administração, o patrimônio público, mediante contratações vantajosas, e a igualdade entre os particulares para delas participarem. Esses valores, realmente, são os que gozam

²⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 484.

de status constitucional, não podem se dissociar do instituto e devem nortear a intervenção penal.

Por conseguinte, as condutas que os lesam ou ameaçam, gravemente, devem e podem ser tipificadas, à luz dos princípios da intervenção mínima e da lesividade ou ofensividade. Em contrapartida, aquelas que apenas atentam contra a regularidade do procedimento e dos cadastros, contra interesses secundários ou contra fatores meramente instrumentais para aqueles objetivos ou ainda aquelas que, embora na linha de risco para os autênticos bens jurídicos, não adquiriram danosidade, prescindem e não legitimam a criminalização, sob um enfoque constitucional e funcionalista moderado do Direito Penal. Assim, ajustam-se os ganhos dogmáticos aos fins legítimos de política-criminal, sob a égide do arcabouço constitucional.

Os desdobramentos pretensamente benéficos de uma tutela mais ampla e as condições propícias à sua efetivação não devem integrar a meta central do legislador penal, segundo a missão que lhe foi conferida pela Constituição Federal. Podem ser sopesados na construção de todo o complexo legislativo para otimização das funções do procedimento licitatório, mas não constituem propriamente a finalidade perseguida pela lei penal. Por conseguinte, identificados os bens jurídicos, em conformidade com a vontade do constituinte, e partindo da premissa de que a intervenção penal está condicionada à sua proteção, é possível avaliar quais tipificações lhe são úteis e necessárias, distinguindo-as das precipitadas, excessivas, despiciendas ou inadequadas, em prol do princípio da ofensividade e dos postulados da subsidiariedade e fragmentariedade. Assim, resiste-se às tentações e tendências de construção de um Direito Penal simbólico e de emergência, como tem sido comum na sociedade de risco.

Nesse contexto, muitos dos tipos penais da Lei 8666/93 mostram-se prescindíveis para a tutela eficiente dos verdadeiros bens jurídicos, sob a ótica constitucional, como os arts. 93, 94, 97 e 98, ou maculados por imperfeições técnicas na redação, como os arts. 92 e 96, ou ainda pela leniência com os recursos dogmáticos próprios do modelo de Direito Penal orientado por garantias constitucionais, como os arts. 91, 95 e 96. Por outro lado, aos ataques relevantes e graves contra aqueles valores constitucionalmente priorizados são cominadas penas insuficientes e incompatíveis com a coerência do sistema, em detrimento do princípio da proporcionalidade (art. 89, 90, 95 e 96, da lei).

Ademais, variegadas lesões ou ameaças sérias àqueles bens dignos da tutela não estão contempladas pelas disposições penais da Lei, como

as fraudes em contratações de obras e serviços públicos e expedientes arditos na execução de contratos. Como se não bastasse, o princípio da codificação não foi observado, com prejuízo inegável à harmonia e funcionalidade do sistema repressivo e preventivo, ao próprio conhecimento e persuasão dos destinatários e à otimização dos princípios da legalidade e culpabilidade. Com efeito, inúmeras condutas praticadas no âmbito das licitações e contratos já estavam contempladas pelo Código Penal, como as falsidades e constrangimento, tendo surgido conflitos aparentes de normas e divergências sobre suas soluções, em detrimento da segurança jurídica e do combate à impunidade. A proteção do bem jurídico, portanto, mostra-se deficiente, em diversos aspectos.

A despeito das críticas fundadas que sofrem diversos setores do nosso ordenamento, variadas incongruências e inconsistências subsistem. Nos países europeus, que muito inspiraram os pilares da ordem jurídica pátria, não se verifica a mesma profusão de normas minuciosas e esparsas sobre incontáveis matérias, cujo conhecimento, até mesmo pelos operadores do Direito, é questionável, sobretudo pelo desapego à ideia de codificação. No nosso ordenamento, não é incomum se surpreender com a localização de um crime em legislações destinadas a questões cíveis e administrativas, como na Lei de Locações. Muitas vezes o simples descumprimento daquelas regras é tipificado como delito, no emaranhado de dispositivos de natureza diversa, deixando de adquirir aplicabilidade no meio social, principalmente se consideradas a natureza e as funções precípuas das sanções penais.

O legislador pátrio, porém, ao cuidar da intervenção penal nas licitações, optou por desprezar aquela orientação, inserindo várias figuras típicas no bojo da extensa Lei de Licitações, quando seu projeto tramitava pelo Senado, ao invés de simplesmente aperfeiçoar a regulamentação da matéria no Código Penal vigente, o que reforçaria a otimização dos princípios da culpabilidade e legalidade. Não é preciso dizer que ainda é incipiente a aplicação da maior parte desses dispositivos e que são extremamente raras, em especial, a comunicação e apuração das infrações de menor potencial ofensivo do referido diploma.

Em suma, segue as tendências e cede às tentações de um direito penal de emergência, de inflação legislativa, de ampliação da incidência das penas privativas de liberdade e de banalização do combate a supostas e incipientes fontes de perigo, mediante precoce e indiscriminada responsabilização penal, sob o pretexto de proteção eficiente do indivíduo em uma sociedade de risco. Na seara das licitações, a propósito, não há que se falar sequer no desconhecimento das

consequências das condutas tratadas pelo legislador e no princípio da precaução, como ocorre na clonagem e outras atividades perigosas à biossegurança e nos métodos surpreendentes do terrorismo.

Não se justificam, pois, a prevenção extrema, a exacerbada antecipação da intervenção penal e a tipificação de quaisquer atos que perturbem a regularidade formal do procedimento administrativo, com excesso de rigor e de precaução, em etapas distantes do resultado, sobretudo quando isto pode implicar restrição à esfera de liberdade do indivíduo. O processo de despenalização e criminalização, inevitável em virtude das profundas e constantes mudanças na sociedade, deve-se nortear por critérios lógicos, principiológicos e técnicos, preservando alto grau de coerência, a despeito de inexoráveis injunções ideológicas, de ímpetos casuístas e do clamor público. Infrações que, em virtude das alterações sensíveis nas condições de vida e nas relações do ser humano, não justificam mais a cominação de pena privativa de liberdade e o rigor da intervenção penal, principalmente quando nasceram há muitas décadas por convicções morais, dogmas ou mesmo para tutela de bens jurídicos de menor relevância social, podem ser tratadas apenas na seara administrativa ou de outros ramos do Direito. A modificação de valores, não obstante lenta, deve repercutir sobre as normas, segundo a concepção tridimensional do Direito (fato, valor e norma).

Nesse contexto, há ainda excesso evitável de tipos abertos e de perigo abstrato no diploma em apreço, assim como de normas penais em branco, quando apenas devem ser admitidos, excepcionalmente, para proteção de interesses supraindividuais extremamente relevantes e com raízes constitucionais. Sabidamente, o uso indiscriminado e desvirtuado de tal expediente depõe contra a otimização do princípio da culpabilidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade e da legalidade, mais precisamente de suas vertentes taxatividade e reserva absoluta. Desse modo, impunha-se conciliar a aptidão restritiva daquelas concessões dogmáticas, com ressalvas e cautelas, e a preservação de garantias fundamentais. Marçal Justen Filho, a propósito, pondera que os princípios da legalidade, da especificação, da proporcionalidade, da culpabilidade e do personalismo da sanção orientam até mesmo o regime jurídico das penalidades administrativas (advertência, multa, suspensão de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade). Menciona, então, entendimento do STF de que o poder outorgado ao TCU pelo art. 46, da Lei 8443/92, não se confunde com o art. 87, da Lei de Licitações. No entanto, cumpre reconhecer que as garantias e formalidades pro-

cessuais, na esfera administrativa, ainda assim, não gozam da mesma extensão e rigor do processo penal, facilitando respostas mais céleres e efetivas às violações da lei.

7. Intervenção penal legítima na seara das licitações

Deste modo, a proposta de um Direito Administrativo Sancionador, que se ocupasse de várias das condutas atualmente tipificadas como crimes, atenderia, de um lado, aos princípios da intervenção mínima e lesividade, em prol de garantias individuais, e permitiria, de outro, resposta mais eficaz e célere, mediante instrumento mais simples e flexível, até mesmo por não redundar na restrição à liberdade do indivíduo. Poderia alcançar, ademais, as pessoas jurídicas, sem afrontar as objeções mais comuns e convincentes à responsabilidade penal dos entes coletivos.

De qualquer maneira, para superar esse descompasso entre o espírito da Lei de Licitações e os princípios do Direito Penal é possível e apropriada, sobretudo para a criminalidade econômica menos grave, a aplicação mais ampla de sanções de cunho pecuniário e restritivas de direito, relegando-se a privação de liberdade para condutas de gravidade socialmente cognoscível, causadoras de prejuízo assaz significativo aos interesses de envergadura constitucional, e para os reincidentes nas infrações mais importantes. A incerteza ou negação da função de ressocialização ou de prevenção geral da pena privativa de liberdade, certamente corrobora tal conclusão. Prestigiadas as funções retributiva e de prevenção especial, a pena privativa de liberdade seria útil, naquelas hipóteses de visível perturbação da ordem ou ofensa relevante a interesse público.

Para os demais ilícitos, a sanção administrativa, se proporcional à gravidade, seria suficiente e proporcional aos danos carreados a toda colee a tividade, satisfazendo o escopo de retribuição. A aptidão ressocializadora que lhe falta, por outro lado, seria prescindível, nestes casos. Em regra, condutas de tal jaez não são praticadas por dissociais, grupos à margem da sociedade ou pessoas dotadas de personalidade temível cuja reintegração social almejar-se-ia. A par do questionamento infundável sobre tal eficácia da reprimenda criminal, mostrar-se-ia suficiente, neste ponto, a responsabilização civil e administrativa. A opção legislativa, todavia, refletiu a tendência de inflação penal, nas últimas décadas, e de agravamento de sanções, mesmo quando desne-

cessário, e revelou a valorização da ideia de castigo, cominando penas em patamares e regimes semelhantes para infrações de gravidade objetivamente distinta.

Importante ressaltar, no mais, que os crimes da lei especial não admitem a modalidade culposa e que, na sua maioria, reclamam dolo específico, segundo melhor exegese. Marçal Justen Filho²⁹, após lembrar o disposto no parágrafo único do art. 18, do Decreto-Lei n. 2848/1940, assevera que a repressão penal deve se voltar contra o escopo do agente de obter o resultado reprovável, não bastando o dano. Distingue o intuito de lesar a Administração do descumprimento de formalidade por culpa em sentido estrito, quando o agente apenas se sujeitaria à responsabilização administrativa. Embora a doutrina majoritária contente-se com o dolo genérico e admita o eventual, aquele autor vislumbra a necessidade de vontade do resultado incompatível com a disciplina das licitações e contratações públicas. Menciona, a propósito, outra característica da aludida intervenção penal, qual seja, a quantidade de normas penais em branco.

Assim, pressupondo infração administrativa, a consumação dos crimes ainda reclamaria um elemento subjetivo específico. Justen preconiza, mediante superação das concepções causalistas, a exigência de ação penalmente reprovável e a pressuposição de aspectos subjetivos, mesmo nos casos de mera descrição legislativa de comportamentos materiais externos. Enfatiza, além disso, a farta utilização de elementos normativos pela lei, como “indevidamente” e “injustamente”, dada a peculiaridade das condutas, as quais, então, não deveriam configurar crimes, quando nitidamente não extrapolassem o perfil de irregularidades.

Essas ponderações revelam a preocupação legítima dos estudiosos com a equiparação de infração administrativa ao delito, de tornar típico penalmente todo ilícito do ordenamento. Sob o prisma dogmático, no entanto, a par dos avanços do finalismo e da teoria do domínio do fato, não é possível exigir dolo específico se, embora importante para delimitação do injusto e da intervenção penal em certa situação, não foi previsto no tipo ou ainda preconizar a existência de um novo aspecto do elemento subjetivo. Enquanto não ocorrer uma reforma legislativa criteriosa, resta a leitura constitucional dos tipos demasiadamente amplos ou até mesmo o reconhecimento de inconstitucionalidades, a fim de superar aquelas distorções na esfera penal, mormente o excesso

²⁹ Op. cit., p. 827.

e a desproporção na intervenção para fins de proteção do bem jurídico. O pressuposto da lesividade, desejada ou aceita pelo agente, por vezes dependente, na matéria em apreço, da inserção do dolo específico e a construção de um Direito de Intervenção ou Administrativo Sancionador para infrações relevantes, mas menos graves, conciliaria princípios fulcrais do Direito Penal com o combate eficiente a esta forma específica e dinâmica de criminalidade.

Enfim, o processo de despenalização e criminalização simultâneas deve ser compreendido em um movimento de adequação do sistema penal aos princípios constitucionais, mormente aos da intervenção mínima e da proporcionalidade, bem como à proibição de insuficiência e às diretrizes de política criminal, segundo uma concepção funcionalista do Direito Penal, não refratária à dimensão positiva do modelo de garantias. Sua efetivação deve ser permeada por esses mesmos princípios, a fim de viabilizar, realmente, a proteção do bem jurídico e, por conseguinte, dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, sem a pretensão de criar mera e ilusória sensação de que o sistema jurídico é completo, moderno, dotado de especificidade, infalível por cuidar de todas as ofensas possíveis ao interesse a preservar, eficiente no combate a qualquer perturbação e extremamente protetor. Em suma, não importam o número de crimes específicos contra as licitações, a especialidade e a extensão da redação, mas a previsão dos tipos estritamente necessários, relevantes e úteis para responder e coibir lesão ou séria ameaça ao bem jurídico, regularmente introduzidos no Código Penal, com sanções proporcionais entre si e em relação aos demais delitos do nosso ordenamento.

Preconizamos, portanto, que todos esses princípios expostos na síntese dos itens 1 a 3, atentando-se ainda para a evolução peculiar do instituto na ordem jurídica pátria e para os contributos da ciência, devem ser conjugados e otimizados com vistas à formação do marco constitucional, legal e penal das licitações. Urge estabelecer o modelo normativo legítimo e eficiente para tratar da responsabilização criminal nessa seara, rechaçando-se exegeses de regras que possam afrontá-los ou levar a uma solução desproporcional, ou seja, que despreze a otimização dos princípios específicos do direito administrativo e penal, bem como o potencial norteador do princípio geral da proporcionalidade. Não se pode perdê-los de vista na interpretação das regras, no reconhecimento de inconstitucionalidades e na análise crítica da legislação, buscando sugestões, de maneira criteriosa, para reformas que atendam aos objetivos de política criminal, mas dentro do marco constitucional e dos contributos do aperfeiçoamento constante da dogmática.

Referências bibliográficas

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *Crime organizado e proibição da insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BECHARA, Ana Elisa Liberadora S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, maio-ago. 2009.
- BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Licitações públicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais – parte II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Ciências Criminais. v. 6).
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Dos crimes licitatórios. *Revista Jurídica*, ano XLII, n. 203, set. 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. São Paulo: NDJ, 1996.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo – estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HASSEMER, Winfried. Sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XIII, n. 36, p. 76, mar. 1986.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

MEIRELES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São

Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Adeildo. O crime nas licitações. *Revista da Esmape*, Recife, v. 4, n. 9, 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PELLEGRINO, Carlos Roberto Mota. Aspectos penais das licitações e contratos administrativos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, v. 42 (especial), p. 149-154, jan.-mar. 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. São Paulo: Renovar, 2003.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. *Manual prático das licitações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 7).

EL TASSE, Adel. Licitações e contratos administrativos. In: GOMES, Luiz Flavio; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.